

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13020091150417

UDC _____

厦门大学

硕士学位论文

离婚时按揭房归属问题研究

——以《婚姻法司法解释（三）》为背景

Analysis on the Ownership of Housing Mortgage in Divorce

Litigation——Based on the Background of The

Interpretation (III) of Marriage Law

张月娜

指导教师姓名: 周 贇 副教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2012 年 4 月

论文答辩时间: 2012 年 月

学位授予日期: 2012 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2012 年 月

厦门大学博硕士论文摘要库

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学博硕士论文摘要库

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》出台后引发了激烈的争论，尤其是关于房产的规定触及了大众敏感的神经。虽然该司法解释有积极的意义，但其所设置的规则过于技术化、强调工具主义。财产归属规定一刀切，虽然省去了法官的判案难度，但失去了更高层次的正义。婚姻最重要的本质特征是社会性，承担育幼养老的使命，婚姻家庭中的财产归属，不能机械套用物权法原则，过分强调财产性质，而忽略婚姻家庭中的财产关系依附于夫妻人身关系的本质。重财产而轻身份，是该司法解释的最大弊端：忽略婚姻家庭伦理实体的特殊性，过多用市场经济规则来处理婚姻家庭关系，更缺乏对弱势群体利益保障。

本文除了引言，结语外，共有四章：

第一章首先对按揭房这一概念进行界定引出按揭房法律规定的立法空白及司法混乱现状，然后结合《婚姻法司法解释（三）》的出台背景，对离婚中按揭房分割的相关问题进行梳理，进而将司法实践中这一问题的复杂性及混乱性加以展现，从而理清选题的主要内容及其意义。

第二章主要对离婚时按揭房的归属进行探讨分析，以时间为主线，从出资者的角度分别厘清按揭房归属。

第三章主要分析《婚姻法司法解释（三）》关于房产分割问题的具体条款，从社会争议最强烈的角度为切入点分析其本身的缺陷：条款本身逻辑困境产生的司法的混乱以及立法者性别意识的缺失。

第四章从妇女在离婚时在按揭房法律问题中的弱势地位提出：应该应当充分考虑到两性之间的现实差异，通过加大婚姻中对女性财产权益的保护，引导夫妻双方为家庭利益进行共同一致的投入。

关键词：按揭房归属；新婚姻法；《婚姻法司法解释（三）》

ABSTRACT

After the issued of *The Interpretation (III) of the Supreme People's Court of Several Issues on the Application of the Marriage Law of the People's Republic of China* (hereinafter referred to as *The Interpretation (III) of Marriage Law*), a heated controversy without ceasing. Especially about the provisions of the property which received extreme concerns from public. It's said that marriage is a shrewd speculation between the two people who are in love. Marriage is nothing but utilitarian. In the house of a marriage, husband is a Landlord while wife becomes a tenant.

Generally speaking, *The Interpretation (III) of Marriage Law* has certain positive significance, but it is rather mechanically and put too much emphasis on instrumentalism. To have a blanket ownership of property for everyone is not particularly appropriate because individuals have individual problems. Although "one size fits all" policy may set Judge free from cumbersome, but it probably lose a higher degree of justice.

For its important mission of nurturing the young and supporting the old, the essential characteristic of marriage is sociality. Thus, its importance can't be too much emphasized, especially the ownership of the property in a marriage. It is not appropriate to apply the Property Law mechanically to the marriage. *The Interpretation (III) of Marriage Law* put too much emphasis on the nature of property right rather than personal relationships, which is much more important in a marriage. That putting too much emphasis on the nature of property right rather than personal relationships gives rise to serious drawbacks in *The Interpretation (III) of Marriage Law*: ignored the specificity of marriage and families as an ethics entity; overused the rule of market economy to deal with families relationships; what's more, lacked of judicial protection to vulnerable

group.

This article besides the introduction, the conclusion, altogether has four chapters:

The first chapter is question statement. This thesis first introduces the theme, background and significance of this research. Some relevant concepts are circumscribed. With the combination of The Interpretation (III) of Marriage Law, we may then proceed from the complexity relationship of mortgage house.

The second chapter is mainly to analysis the different situation of mortgage house.

The third chapter is focus on specific clauses of The Interpretation (III) of Marriage Law.

The fourth chapter calls for more attentions on gender differences and judicial protection to vulnerable group.

Key words: Mortgage House; Marriage Law of PRC; The Interpretation (III) of Marriage Law

目 录

引 言.....	1
第一章 离婚按揭房法律问题现状	2
第一节 按揭房法律问题本身的复杂性	2
第二节 婚姻中的房产问题复杂性及相关立法、司法现状	4
第三节 解决离婚按揭房产法律问题的现实意义	5
第二章 离婚时按揭房归属具体情形探讨	7
第一节 仅涉及夫妻双方出资问题的情形	7
一、婚前一方按揭贷款，婚后共同还贷，房屋登记在首付款一方名下的....	7
二、婚前一方支付了部分房款（包括首付）且取得产权证，婚后共同还贷的	9
三、婚前一方出资，产权登记在双方名下的.....	9
四、婚前共同付首付，但产权证上只有一方名字的.....	10
五、婚后以一方名义订立买卖合同，以共同财产还贷但产权登记在该方名下的	11
六、离婚时，还未取得产权的房屋如何分割.....	11
第二节 父母参与出资情形	12
一、婚前父母出资的情形.....	12
二、婚后父母出资的情形.....	14
第三章 《婚姻法解释（三）》中关于房产归属存在的争议.....	16
第一节 有关房产归属条款本身的逻辑困境	16
第二节 婚后一方父母付首付为子女购房出资，房屋产权归属	17

第三节 强者的法律：归属认定一刀切	21
第四章 离婚按揭房法律问题中妇女权益的特殊保护	23
第一节 妇女离婚时在按揭房法律问题中的弱势地位	23
一、女性的社会保障水平仍不够，无论是职场还是婚姻都面临高风险.....	23
二、妇女的经济地位与离婚妇女的贫困化.....	25
第二节 离婚按揭房法律问题中妇女权益需要特殊保护	26
一、考虑双方的还贷比例.....	27
二、考虑婚姻存续时间长短.....	27
三、考虑女性在婚姻家庭当中的无形付出.....	27
四、考虑男方的经济能力及其与女方的就业机会的差距.....	28
结语.....	29
参考文献	30
致谢语.....	34

CONTENTS

Preface.....	1
Chapter 1 Analysis on the Status Quo of the housing mortgage in divorce litigation	1
Subchapter 1 The complexity of housing mortgage	2
Subchapter 2 Legislative And Judicial Status of house property in marriage ...	4
Subchapter 3 The important of solving the problems of housing mortgage in divorce litigation.....	5
Chapter 2 Analysis on the actual situation of housing mortgage in divorce litigation	7
Subchapter 1 Only involves the benefits of spouse on housing mortgage	7
Section 1 One party loans for housing before marriage, the other party pay the loans jointly after marriage; registered owner of the housing is the party who pay downpayment.....	7
Section 2 Parial payment(including downpayments) paid by one party and registered before marriage; the other party pay the loans jointly after marriage.....	7
Section 3 One party loans for housing before marriage, the other party pay the loans jointly after marriage; registered owners of the housing are the both.....	9
Section 4 Downpayments paid by two parties,but registered owner of the housing is one party	9
Section 5 Purchasing housing personally, but pay the loans with common property and registered him/herself only	10
Section 6 Did not obtain property of housing during divorce litigation	11
Subchapter 2 Parents pay for housing jointly	12
Section 1 Parents pay for housing jointly before marriage.....	12

Section 2	Parents pay for housing jointly after marriage.....	14
Chapter 3	Controversy of the ownership of housing mortgage in The Interpretation (III) of Marriage Law	16
Subchapter 1	Logic dilemma in the clauses of house property	16
Subchapter 2	Ownership of housing mortgage when parents of one party pay jointly after marriage	16
Subchapter 3	Law of stronger: “one size fits all” policy	21
Chapter 4	Judicial protection for Women's Rights and Interests ..	23
Subchapter 1	Women: vulnerable group in divorce litigation	23
Section 1	The low level of social security for women: both in work and marriage	23
Section 2	Low economic status of women and poverty dilemma after divorce	25
Subchapter 2	Calls for more particular protection to women in house property	26
Section 1	Concern on proportion of loan repayment	26
Section 2	Concern on the length of marriage.....	27
Section 3	Concern on the intangible contribution for family	27
Section 4	Concern on the gap between man and women in economic	28
Conclusion		29
Bibliography		30
Acknowledgements		34

引 言

随着市场经济的发展，中国房价也在不断地攀升。买一套商品房可能需要耗尽一个普通家庭十几年的积蓄。“房奴”、“丈母娘决定高房价”等现象恰能说明房产对民众的重要性。“房改以来，商品房价格节节走高，作为居民最大宗消费品之一的房屋，随之也成为婚姻中需要考虑的最大利益之一。”^①离婚后财产的分割成为众多原本恩爱现在却像仇人般的夫妻争执的最大焦点。而对于离婚后财产分割问题更多的表现为房产上的分割。按揭房的归属和分割问题更是一大难点。去年出台的《婚姻法司法解释（三）》更是再次引爆了对房产分割问题的激烈争论。由于理论上一直争议不断，我国现行的《婚姻法》和司法解释对夫妻共同财产的分割和共同债务的规定比较笼统，使得司法实践中法院的判决也存在较大差异，导致经常出现同案不同判的尴尬情况。

其次，改革开放以来，我国实行了房屋商品化和城镇住房制度改革以及住房公积金制度，按揭也随之出现，并正在迅速发展。按揭制度最初起源于西方国家，本意属于英美平衡法体系中的一种法律关系，后于 20 世纪 90 年代从香港引入内地房地产市场，先由深圳建设银行在当地试行，之后逐渐在内地流行起来。随着中国按揭贷款利率的进一步下调，按揭发展的势头将更为迅猛。按揭是一种全新的物权形式，它不可被简单地纳入传统的物权领域，因此按揭的法律属性究竟为何还应作进一步的分析。关于按揭，人们的关注点主要集中在对按揭的法律属性的讨论上，而对按揭的不同定性会直接影响到立法的不同选择。

基于以上的背景，本文以现行法律法规为依据，以民法基本理论为依托，通过梳理按揭制度法律关系，探讨不同情形下夫妻按揭房屋离婚时财产分割的不同解决途径，解决实践中关于夫妻按揭房屋离婚时的归属混乱状态，探讨实现夫妻按揭房屋财产关系明晰化、定纷止争的途径。

^①茆倩娣. 也谈婚前按揭婚后取得房产证的住房及婚后增值部分之归属——兼评最高院《〈婚姻法〉司法解释（三）》（征求意见稿）第 6 条、第 11 条[J]. 广州广播电视大学学报, 2011, (2): 84-111.

第一章 离婚按揭房法律问题现状

第一节 按揭房法律问题本身的复杂性

按揭（mortgage）是一个外来词语，并非我国内地所固有，是香港人将英美法中的一种物的担保方式“mortgage”翻译而来。Mortgage 是由词根 mort 和后缀 gage 组成，mort 来源于古拉丁语 mortum，意思是“永久、永远、死”；gage 在英语中的含义为“质押、保存”，两者合为一体，就有了“死担保、永久质”的意思。^①在香港按揭的含义为，属主、业主或归属主将其物业转让给按揭受益人作为还款担保的法律行为，经过转让，按揭受益人就成为属主、业主或归属主。还款以后，按揭受益人将属主权、业主权或归属主权转让给原按揭人。英国著名财产法专家 E.H.Burn 认为，“Mortgage 是以财产中某种利益为担保一定款项的支付或某种其他债务的履行而作出的让与或者其他处分。”^②简单的说，按揭就是转让物业权益来保证偿还债务。

近年来，我国将英美法中的按揭制度逐渐引入了金融、房地产、汽车等领域。我国实践中的按揭制度，是指购房人（按揭人）将其与房地产商的房屋买卖合同项下的权益抵押给银行（按揭受益人），银行贷款给购房人，并以购房人名义将款项交付房地产商用以支付房屋价款，若购房人不能到期还本付息，则银行有权利将按揭房产变价并优先受偿，或者由房地产商将该房屋回购，后用回购款来偿还银行本息。

与英美法中的按揭相比，由于法律背景的不同，我国的按揭制度具有下述特点：第一，按揭在设立之时并不要求进行严格的所有权转移。银行仅仅要求按揭人交付权利证书，比如生效的预购房屋合同等。银行要求将权利证书交付其保管，而非要求将担保房屋的所有权让与自己，在借款人将债务偿还后，所有权将再次返还于按揭人，银行这样做的目的是为了防止发生一房多卖的现象，防止按揭人违反合同约定处分已经设立按揭的房

^① 许明月.英国法中的不动产按揭[A].民商法论丛(第 11 卷)[C].北京:法律出版社,2009.279.

^② 同上.

屋，从而保障有效实现担保债权。第二，按揭实现并不要求取得标的物所有权。实践中，如果按揭人到期未能偿还本息时，一般的做法是由售房人将按揭的标的物回购，并以回购款来清偿按揭人未支付的本息。第三，英美法的按揭制度中存有回赎的概念。在设定按揭以后，按揭人按照约定履行了其应尽的义务之后，有权从按揭权人处将按揭财产的所有权取回，称之为按揭人的回赎权。按揭财产的可回赎性是按揭与抵押、质押相区别的重要特征。衡平法上的回赎权，是按揭制度的灵魂。回赎权是按揭人重要的权利，在发展中，英美法系逐渐形成了回赎权不可侵犯原则以及对按揭权人担保优势的限制原则，以此来保护按揭人的回赎权。^①而在大陆地区的按揭法律关系中，按揭人负有分期付款来偿还债务的义务，但其并非英美法上的赎回权。在中国法下，由于按揭权人对按揭财产并没有所有权，因此按揭人的行为只是对其债务的履行行为，而非赎回按揭房屋所有权的行为。于此同时，按揭人不承担约定的义务，按揭权人也不能取得房屋的所有权，而是通过类似于实现抵押权的方式来保障债权实现。

按揭制度涉及的法律关系比较复杂，牵涉到购房人、贷款银行、房地产开发商、保险公司等主体，这些主体相互之间的法律关系有房屋买卖关系、按揭借贷关系、保证关系、抵押关系、保险关系、回购保证关系等，错综复杂。但在我国法律体系中，没有与“按揭”相对应的物权形式，只有“抵押”的有关规定，而无“按揭”的概念。抵押与按揭在性质上存在较大的差异^②，不能将两者混淆。关于我国按揭的法律性质，及其应当归属何种担保权利类型，学界并无统一的观点。然而对按揭的不同定性将会影响到不同的立法选择。目前，虽然各个专业银行颁布的“按揭办法”对按揭贷款的概念、对象、应具备的条件、贷款的程序、期限、还贷的方式、违约责任等内容作了相关规定，但这些办法并非法律规定，其中存在较多的法律风险，发生纠纷时，就会出现无法可依的局面。

^①李玉环，按揭与几个概念间的协调，北大法宝

<http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/SLC.asp?Db=art&Gid=335566183>.

^②按揭与抵押两者的概念区别，用作担保的标的物不同，标的物的性质不同，适用范围不同，当事人范围不同，当事人权利不同，实现权利方式不同等等。具体可参考：李玉环，按揭与几个概念间的协调，北大法宝
<http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/SLC.asp?Db=art&Gid=335566183>.

第二节 婚姻中的房产问题复杂性及相关立法、司法现状

房产和婚姻是人生必定会涉及到的话题，而这两者又常常交织在一起。婚恋中的房产问题，其表现形式多种多样：从争议发生的时间上看，存在于婚前、婚后、离婚时及离婚之后的各个时期；从争议问题适用的法律上看，涉及婚姻法、合同法、继承法、城市房地产法、房地产的法律法规、土地法以及有关婚姻、继承、部门规章和司法解释；从争议的焦点上看，集中在房产是个人财产还是共同财产以及个人所应享有的房产份额等问题；从争议所涉的案由上看，涉及财产权属纠纷、婚约财产纠纷、离婚纠纷、分家析产纠纷、合同纠纷、赠与纠纷、继承纠纷、不当得利纠纷等。仅仅是房产和婚姻都牵涉如此繁多的法律关系，让人目不暇接。离婚后财产分割问题更多的表现为房产上的分割，而不断攀高的房价几乎耗尽双方父母积攒半辈子的金钱，在处理其中关系的时候，法官承受的社会压力不可谓不大。

离婚诉讼中按揭房归属问题远比我们想象中的复杂。仅是关于婚前一方首付，婚后共同还贷的按揭房归属问题的判决，有关的法律适用现状各省各地法官各不相同：有的依据男女双方以结婚为目的，于婚前以一方名义首付按揭购买的房产视为夫妻共同财产；有的根据共同还贷年限，将房屋界定为一方个人财产或共同财产；有的基于照顾妇女一方权益原则，对缺乏经济能力的离婚妇女给予特殊保护，房产判归女方所有，同时给予对方适当的经济补偿；还有的是将此类按揭房所有权赋予支付首付款并且房屋登记在该人名下的，共同还贷一方只能主张共同还贷部分和房屋增值部分的债权和补偿权。可见，由于缺乏明确界定，导致了法律适用的不一致。

婚前按揭购房、婚后还款并取得房产证的性质界定问题，是当前婚姻家庭司法审判中的难点问题，同案不同判，没有统一尺度，严重损害当事人的合法权益的事情依然大量存在。“法律在保护有房一方合法的个人财产的同时，没有做到对无房方利益的公正的保护，使得表面上看是合法公正的法律规定变得客观上是对强者的过度保护，而对弱者权益的无视。”^①即

^① 茆倩娣. 也谈婚前按揭婚后取得房产证的住房及婚后增值部分之归属——兼评最高院《〈婚姻法〉司法解释（三）》（征求意见稿）第6条、第11条[J]. 广州广播电视大学学报, 2011, (2): 84-111.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库